

Juhlajulkaisu
Juhani Wirilander
1935 – 30/11 – 2005

Toimituskunta

Jarno Tepora
Mikko Tulokas
Pekka Vihervuori

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys
Kasarmikatu 23 A 17
00130 Helsinki
p. (09) 6120 300
f. (09) 604 668
sly@lakimies.org
www.lakimies.org

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

Kannen kartat: Maanmittauslaitos
Kannen ja taiton suunnittelu: Heikki Kalliomaa
Juhani Wirilanderin valokuva s. 7 Foto-Jatta

ISSN 0356-7222
IBSN 915-855-248-7

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2005

Eurooppalainen esineoikeus, tyyppipakko ja tehokkuus

Esineoikeuden rooli siviilioikeuden eurooppalaisessa harmonisointikehityksessä

Euroopan unionin keskeisenä strategiana on alusta alkaen ollut edistää taloudellista integraatiota oikeudellisen harmonisoinnin avulla. Tästä huolimatta neljän perusvapauden toteuttaminen ja sisämarkkinoiden luominen tapahtui ensi vaiheissa ennen kaikkea hallinnollisen sääntelyn puitteissa. Vaikka esimerkiksi rajat ylittävän kaupankäynnin ja luotonannon edistämisen (tavaroiden, pääomien ja palvelujen vapaa liikkuvuus) keskeisiä edellytyksiä on yhteisten tai ainakin tunnettujen markkinoilla noudatettavien yksityisoikeudellisten pelisääntöjen olemassaolo, yksityisoikeutta koskeva sääntely jäi pitkään lähes yksinomaan kansalliselle tasolle. Pelisääntöjen selvittäminen rajat ylittävissä transaktioissa sisämarkkina-alueenkin piirissä oli siten aluksi yleisten kansainvälisen yksityisoikeuden lainvalintasääntöjen ja niiden yhtenäistämisen varassa.

Keskustelu tarpeista ja keinoista harmonisoida siviilioikeutta aineellisesti Euroopan unionissa ei kuitenkaan enää ole uusi teema kotimaisessa oikeudellisessa keskustelussa saati sitten laajemmilla eurooppalaisilla foorumeilla. Lähinnä akateemiselta pohjalta käytyyn keskusteluun on kuitenkin viime aikoina tullut eri sävy, koska myös Euroopan unionin keskeiset poliittiset toimijat ovat aktivoituneet siinä aivan uudella tavalla. Akateemista keskustelua on osin pitänyt yllä tyytymättömyys siviilioikeuden harmonisointistrategiaksi unionissa valittuun ns. tapauskohtaiseen toimintamalliin, jonka puitteissa tietyistä sopimuksista tai markkinointimenetelmistä on annettu direktiivejä, kun siihen on havaittu olevan aihetta. Tällaista harmonisointistrategiaa on luonnehdittu hajanaiseksi ja epäsystemaattiseksi, ja sen on nähty tuovan ristiriitoja sekä kansalliseen sopimusoikeuteen että sisäistä epäjohtonmukaisuutta unionitasolle. Tähän liittyen on nostettu esiin kysymys, tuoko valittu strategia jäsenvaltioiden oikeuteen todella yhtenäisyyttä vai aiheuttaako se vain lisää sekaannusta. Akateemisessa keskustelussa onkin pitkään nostettu voimakkaasti esiin ajatuksia, joiden mukaan todellinen lähentyminen – sikäli kuin sitä pidetään mahdollisena – edellyttää yleisten periaatteiden hahmottamista tähän asti harjoitettujen ”täsmäiskujen” sijaan.

Akateemisen yhteisön peräänkuuluttamaa harmonisoinnin tietynlaista uutta vaihetta kuvaa Euroopan unionin komission vuonna 2001 antama tiedonanto, jonka tarkoituksena oli

laajentaa Euroopan sopimusoikeudesta käytävää keskustelua ja kerätä tietoja siitä, tarvitaanko sopimusoikeuden alalla tapauskohtaista toimintamallia pidemmälle vietäviä toimia.¹ Tämän uuden vaiheen voidaan poliittisten toimijoiden osalta nähdä tietyllä tavalla alkaneen jo Euroopan parlamentin päätöslauselmista vuosilta 1989 ja 1994.² Niissä todetaan, että sisämarkkinat edellyttävät tiettyjen yksityisoikeuden osa-alueiden yhdenmukaistamista. Niissä on myös mainittu se ristiriitaisia tunteita edelleen herättävä seikka, että tehokkain harmonisointitapa on keskeisten yksityisoikeuden osa-alueiden yhdenmukaistaminen Euroopan siviililaiksi.

Vaikka tavoite Euroopan siviililaista ei olekaan virallisena julkilausuttuna päämääränä, parlamentin päätöslauselmilla alkuun kasattu lumipallo on jatkanut vierimistään ja laajentunut viime aikoina myös komission tiedonannossa lähtökohtana olleen sopimusoikeuden ulkopuolelle. Ennen kaikkea neuvoston ja Euroopan parlamentin komission tiedonantoa koskevien kannanottojen perusteella komissio tilasi selvityksen, jonka ydinkysymyksenä oli, onko sopimusoikeuden harmonisointi mahdollista ilman esineoikeuden ja sopimuksenulkkoisen vahingonkorvausoikeuden tai niiden osien harmonisointia.³ Komissio päätteli vuonna 2004 ilmestyneen selvityksen perusteella, että erot esineoikeudellisissa kysymyksissä aiheuttavat ongelmia jäsenvaltioissa.⁴ Myös tämän alueen yhtenäistämisen tarve on siten virallisesti todettu. Sinänsä toteamus ei ole yllättävä, vaikka esineoikeuden alan yhtenäistämisen tarpeesta on esitetty myös toisenlaisia näkemyksiä ja vaikka tapauskohtainen toimintamallikin on jättänyt esineoikeuden ydinalueen suhteellisen koskemattomaksi. Myöskään EY-tuomioistuimen ratkaisut eivät ole laajalti koskettaneet esineoikeudellisia kysymyksiä.⁵ Tämä asiointi ei välttämättä johdu yhtenäistämistarpeen puutteesta vaan viime kädessä siitä kiistanalaisesta näkemyksestä, jonka mukaan omistusoikeutta koskevat kysymykset eivät kuulu unionin toimivaltaan.⁶

¹ Komission tiedonanto neuvostolle ja Euroopan parlamentille Euroopan sopimusoikeudesta, KOM (2001) 398 lopullinen, 11.7.2001.

² Resolution on action to bring into line the private law of the Member States, Official Journal of the European Communities C 158, 26.6.1989, s. 400 sekä Resolution on the harmonization of certain sectors of the private law of the Member States, Official Journal of the European Communities C 205, 25.7.1994, s. 518.

³ Euroopan parlamentin ja neuvoston palautteesta ks. komission tiedonanto Euroopan parlamentille ja neuvostolle, Euroopan sopimusoikeuden yhtenäistäminen, toimintasuunnitelma, KOM(2003) 68 lopullinen, 12.2.2003, s. 17, av. 41 ja s. 28–29.

⁴ Ks. Komission tiedonanto Euroopan parlamentille ja neuvostolle, Euroopan sopimusoikeus ja yhteisön säännösten tarkistaminen: jatkotoimet, KOM(2004) 651 lopullinen, 11.10.2004, s. 12. Mainittu selvitys löytyy internet-osoitteesta http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/studies_en.htm. Se on julkaistu myös kirjana, Christian von Bar – Ulrich Drobnig, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe, A Comparative Study*, Sellier, European Law Publishers 2004.

⁵ Usein esimerkkinä mainitaan kiinteistöpannioikeuteen liittynyt ratkaisu asiassa *C-222/97, Trummer v. Mayer*, 16.3.1999, joka johti lainsäädännön muuttamiseen esimerkiksi Ruotsissa. Sen sijaan Suomessa ei ole katsottu olleen syytä muutokseen. Ks. lähemmin Eva Tammi-Salminen, *Omistussuhteiden selkeys ja pysyvyys – havaintoja ja kokoaivia näkökohtia*, s. 176–179 viitteineen teoksessa Eva Tammi-Salminen (toim.), *Omistus, sopimus, vaihdanta*, Juhlakirja Leena Kartiolle, Turku 2004, s. 159–180 sekä Marjut Jokela – Leena Kartio – Ilmari Ojanen, *Maakaari*, 3., uudistettu painos, Helsinki 2004, s. 435–436. EY-tuomioistuimen ratkaisujen roolista siviilioikeuden harmonisoinnissa ks. esim. Walter van Gerven, *The ECJ Case-law as a Means of Unification of Private Law?*, s. 101–123 teoksessa Arthur Hartkamp – Martijn Hesselink – Ewoud Hondius – Carla Joustra – Edgar du Perron – Muriel Veldman (eds), *Towards a European Civil Code, Third Fully Revised and Expanded Edition*, Kluwer Law International 2004.

⁶ Kysymystä on analysoinut esim. Daniela Caruso, *Private Law and Public Stakes in European Integration: the Case of Property*, *European Law Journal* 2004 s. 751–765.

Siitä huolimatta, että omistus on sopimuksen rinnalla keskeinen markkinoiden ja oikeuden instituutio, sopimusoikeus on kuitenkin edelleen eurooppalaisen siviilioikeuden kehittämisen ydinalue. Sen osalta komissio on nostanut viime aikoina keskeiseen rooliin ns. yhteiset puitteet (common frame of reference, CFR), jotka pitävät sisällään yleisiä periaatteita ja käsitteitä. Yhteisiä puitteita on tarkoitus käyttää hyväksi paitsi yhteisön alakohtaisen lainsäädännön epäjohdonmukaisuuksien poistamisessa myös muun muassa luotaessa ns. valinnaista normia (optional instrument) eli säännöstöä, jota erityisesti sisämarkkinoilla rajat ylittävien sopimusten osapuolet voisivat keskinäisessä suhteessaan viittauksella soveltaa. Yhteiset puitteet mainitaan komission tiedonannossa vuodelta 2003.⁷ Edellistäkin näkyvämpi asema niille on annettu uusimmassa tiedonannossa vuodelta 2004.⁸

Yhteiset puitteet ovat siis komission nykyisen strategian mukaan tärkeä harmonisointiväline. Niiden keskeinen ulottuvuus, puitteiden sisältö, on kuitenkin vielä avoin. Tämän pyrkimyksen yhtenäisiin sääntöihin – tai ainakin tietynlaisiin suuntaviivoihin – voidaan nähdä kuvaavan yhteisten pelisääntöjen arvoa sisämarkkinoilla sinänsä, riippumatta niiden asiallisesta sisällöstä. Toki sisällön osaltakin on pyrkimyksenä markkinoiden kannalta paras mahdollinen ratkaisu, eikä yhteisiä sääntöjä voi syntyä ilman ainakin jonkinasteista konsensusta sääntöjen sisällöstä. Akateeminen keskustelu tullee toimimaan sisällöntuottajana yhteisille periaatteille ja käsitteille. Tietynlaisia pohjia puitteille onkin jo olemassa, joten aivan ”sokkona” ei yhteisiä pelisääntöjä lähdetä tavoittelemaan.⁹

Yhteisten puitteiden sisällön lisäksi avoinna on myös niiden oikeudellisen sitovuuden luonne. Myös tähän puitteiden tärkeään ulottuvuuteen akateemisella keskustelulla voi olla vaikutuksia. Tältä osin tutkimusryhmillä on erilaisia painotuksia. Esimerkiksi ne jo edellä mainitut ryhmät, jotka pyrkivät laatimaan periaatekokoelmia, tavoittelevat tavalla tai toisella yhteiseurooppalaista normistoa, eurooppalaista siviililakia. Toisenlainen, joustavuutta ja vuorovaikutteisuutta ehkäpä enemmän korostava lähestymistapa on puolestaan ryhmillä, jotka pyrkivät yleisluonteisemmin hahmottelemaan eurooppalaisen siviilioikeuden mahdollista yhteistä ydintä.¹⁰ Yhteistä kaikille ryhmille kuitenkin on metodi, nykyaikaiselle oikeusvertailulle ominainen toiminnallinen lähestymistapa.¹¹ Virallisena lähtökohtana komissiolla on, että se ei aio

⁷ KOM(2003) 68 lopullinen.

⁸ KOM(2004) 651 lopullinen.

⁹ Varteenotettavina lähtökohtina puitteille ovat niin sanotun Euroopan sopimusoikeuskomission laatimat eurooppalaisen sopimusoikeuden periaatteet (Ole Lando – Hugh Beale (eds), *Principles of European Contract Law Parts I and II*, Kluwer Law International 1999, Part III, Kluwer Law International 2003) tai sen kanssa ”kilpailevan” niin sanotun Pavian ryhmän laatimat vastaavat periaatteet (European Contract Code – Preliminary draft, Università Di Pavia 2001). Näiden lisäksi on huomattava Eurooppa-ulottuvuutta laajempi harmonisointikehitys sopimusoikeuden alueella, jonka tuloksena on jo syntynyt yhteistä säännöstöä esimerkiksi irtaimen kaupan osalta (YK:n yleissopimus kansainvälistä tavarankäytön kauppaa koskevista sopimuksista eli niin sanottu YK:n kauppalakki CISG). Periaatekokoelmattyyppisten harmonisointipyrkimysten osalta voidaan viitata myös kansainvälisiä kaupallisia sopimuksia koskeviin UNIDROIT-periaatteisiin (Principles of International Commercial Contracts, Unidroit 2004).

¹⁰ Tällainen on esimerkiksi niin sanottu Trenton ryhmä (the Common Core of European Private Law Project). Ryhmää on luonnehtinut esim. Vivian Grosswald Curran, *On the Shoulders of Schlesinger: The Trento Common Core of European Private Law Project*, *European Review of Private Law* 2003 s. 66–80.

¹¹ Näiden erilaisten painotusten lisäksi on huomattava ne akateemisesta yhteisöstä kumpuavat vaatimukset, joiden mukaan harmonisointia tulisi lähestyä oikeusvertailua syvällisemmin, perustavanlaatuisempien poliittisten arvoky-

ehdottaa jäsenvaltioiden oikeuden yhdenmukaistavaa Euroopan siviililakia eikä ”asettaa kyseenalaiseksi nykyisiä toimintalinjoja, joilla edistetään vapaata liikkuvuutta joustavien ja tehokkaiden ratkaisujen pohjalta”.¹²

Vaikka kehityksen alku- ja tässä vaiheessa painopiste on sopimusoikeus, yhteisten puitteiden valmistelussa on pyrittävä löytämään ratkaisuja myös esineoikeudellisten kysymysten yhteensovittamiseen liittyviin ongelmiin, kuten komissio on todennut, jotta nykyistä ja tulevaa säännöstöä voidaan tarvittaessa kehittää. Akateemisten hankkeiden piirissä työskennellään myös tältä osin.¹³ Sikäli kuin yhteisiä puitteita on tarkoitus käyttää ns. valinnaisena normistona, on huomattava, että sopimussuhteen peruskysymysten hallintaan luontevasti istuva sopimusosapuolten mahdollisuus valita puitteet välillään sovellettavaksi normistoksi ei sovi esineoikeudellisiin sivullisuhteisiin tai ylipäänsä kysymyksiin, joista ei voida ennakolta syystä tai toisesta tosiasiallisesti sopia. Näihin kysymyksiin kuuluu osin myös sopimusoikeudelliseksi luonnehdittavia ongelmakokonaisuuksia ns. sopimus ja kolmas -problematiikan tiimoilta, kuten esimerkiksi sopimusneuvottelut tai kaksiasiansaissausteen ylittävä sopimusvastuu.

Huolimatta siitä, että Euroopan unionin viralliskoneisto vaikuttaa keskittyvän yhteisiin puitteisiin, on huomattava, että esineoikeuden harmonisoimiseksi on edellä mainittujen akateemisten hankkeiden lisäksi vireillä monia muitakin. Esimerkiksi vakuusoikeuden alueella on jo pitkään käyty keskustelua yleiseurooppalaisesta vakuudesta, eurohypoteekista, jonka on ajateltu helpottavan kiinteistöjen käyttöä vakuutena rajat ylittävässä luotonannossa.¹⁴ Osin edeliseen liittyen helpompaan kiinteistövaihdantaan rajojen yli pyrkii myös esimerkiksi hanke eurooppalaisten kiinteistötietojärjestelmien yhtenäistämiseksi (EULIS).¹⁵ Kiinteistöoikeus vaikuttaakin olevan parhaillaan voimakkaan selvittämisen kohteena. ”Perinteinen” ajatushan kiinteistöjen vaihdantaa koskevien oikeussääntöjen osalta on ollut, että yhtenäistämistä ei tarvita, kun kiinteistöjä ei voi siirtää valtiosta toiseen.

Sinänsä on huomattava, että alueellinen integraatio Euroopassa on ”vain” välivaihe tavoiteltaessa globaaleja markkinoiden pelisääntöjä. Myös unionin ulkopuoliset yhtenäistämishankkeet ovat koskettaneet esineoikeuttakin.¹⁶

symysten tarkastelun kautta. Tällaisista puheenvuoroista kootusti ja ajankohtaisesti ks. esim. artikkeleita julkaisun *European Law Journal* teemanumerossa 6/2004.

¹² KOM(2004) 651 lopullinen, s. 9. Vrt. esim. Hugh Collins, Editorial: The Future of European Private Law: An Introduction, *European Law Journal* 2004 s. 649–652, jonka mukaan Euroopan siviililaki on kuitenkin komission todellinen tavoite.

¹³ Kahdesta päämääriltään hieman erilaisesta hankkeesta voidaan mainita edellä jo viitattu Trenton ryhmä sekä Euroopan sopimusoikeuskomission työtä jatkava ja laajentava Study Group on a European Civil Code (ks. esim. Christian von Bar, The Study Group on a European Civil Code, *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 2000, s. 323–337).

¹⁴ Ks. esim. Hans G. Wehrens, Real Security regarding Immovable Objects – Reflections on a Euro-Mortgage, s. 769–783 teoksessa Arthur Hartkamp – Martijn Hesselink – Ewoud Hondius – Carla Joustra – Edgar du Perron – Muriel Veldman (eds), *Towards a European Civil Code, Third Fully Revised and Expanded Edition*, Kluwer Law International 1998 ja viimeaikaisesta kehityksestä alueella hankkeeseen liittyvät internet-sivut <http://www.eurohypotheq.com>.

¹⁵ Ks. esim. Hendrik Ploeger – Bastiaan van Loenen, EULIS – At the Beginning of the Road to Harmonization of Land Registry in Europe, *European Review of Private Law* 2004 s. 379–387 sekä viimeaikaisesta kehityksestä alueella hankkeeseen liittyvät internet-sivut <http://www.eulis.org>.

¹⁶ Esimerkkinä voidaan mainita liikuteltaviin laitteisiin kohdistuvia kansainvälisiä oikeuksia koskeva yleissopi-

Esineoikeudellinen tyyppipakko – eurooppalaisen siviilioikeuden ydinkysymyksiä?

Edellä mainittu siviilioikeuden harmonisoinnin ulottuvuuden tarpeita koskeva selvitys sopimusoikeuden suhteesta esineoikeuteen ja sopimuksenulkoiseen vahingonkorvausoikeuteen lähtee sopimusoikeuden ja esineoikeuden tarkastelussa liikkeelle oikeudenalojen keskeisistä eroista. Niitä kuvataan ottamalla esiin esineoikeuden ominaispiirteitä. Tällaisena nostetaan esiin *numerus clausus* -periaate eli ns. esineoikeudellinen tyyppipakko, joka kytkeytyy toiseen mainittuun ominaispiirteeseen, oikeusvaikutusten ulottuvuuteen sivullisiin.¹⁷

Esineoikeuden ja tyyppipakon käsitteille on eurooppalaisesta siviilioikeudesta käydyssä keskustelussa ja muutoinkin saatettu antaa erilaisia sisältöjä. Tyyppipakon ydinsisällöksi on mainitussa selvityksessä ja eurooppalaisesta siviilioikeudesta käydyssä keskustelussa yleensä ymmärretty, että osapuolet voivat perustaa vain tiettyjä ennalta määriteltyjä (laissa mainittuja) esineoikeuksia. Esineoikeuksina on ymmärretty oikeudet, jotka voivat sitoa sivullisia.¹⁸ Numerus clausus -periaate on siten vastakkainen sopimusoikeuden lähtökohtaperiaatteen sopimusvapauden kanssa tai ainakin rajoittaa sitä. Tämä ero tai rajoitus liittyy juuri siihen, että esineoikeudet sitovat sivullisia, kun taas sopimuksen oikeusvaikutukset ulottuvat lähtökohtaisesti vain sopijapuoliin.

Kuten edellä viitatus selvityksen perusteella ja muutoinkin on todettu, suhtautuminen tyyppipakkoon ja sitä kautta oikeuksien sivullisittomuuteen on relevantti seikka useiden erilaisten sopimusten osalta (esimerkiksi kauppasopimukset tai rahoitussopimukset, kuten luotto- ja vakuussopimukset) ja siten harmonisoinnissa huomioon otettava seikka. Tältä kannalta se on myös keskeinen kysymys siviilioikeuden harmonisoinnissa.

Suhtautuminen tyyppipakkoon on keskeinen kysymys pohdittavaksi myös sikäli, että sitä on pidetty yhtenä keskeisenä eurooppalaisia oikeusjärjestelmiä erottavana tekijänä. Sen on nähty ensinnäkin toimivan yhtenä esimerkkinä usein viitatussa harmonisointia eniten vaikeuttavana pidetystä erosta *common law*- ja *civil law* -järjestelmien välillä. Doktriinia on nimitäin pidetty ominaisena juuri mannereurooppalaiselle järjestelmälle ja *common law* -järjestelmästä erottavana piirteenä. Lähempi tarkastelu kuitenkin osoittaa, että ainakin tältä osin modernin oikeusvertailun kritisoitukin lähtökohta, samankaltaisuusolettama¹⁹, vaikuttaa tietyssä

mus UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment (Cape Town 2001). Ks. siitä lähemmin esim. julkaisun *European Review of Private Law* teemanumeroa 1/2004. Sopimuksen täytäntöönpanossa tehtävät ratkaisut tullevat vaikuttamaan esimerkiksi meillä jo pitkään vireillä olleeseen säädöshankkeeseen kuljetusvälineitä koskevien kiinnitysjärjestelmien yhtenäistämistä.

¹⁷ Ks. von Bar – Drobnig 2004 s. 320–323.

¹⁸ Kuten Juhani Wirilander on tutkimuksillaan osoittanut (ks. ennen kaikkea Käyttöoikeudesta kiinteistöön silmällä pitäen lailla sääntelemättömiä käyttöoikeuksia, Helsinki 1980, s. 5–47), tyyppipakosta on jo meilläkin puhuttu useissa erilaisissa merkityksissä. Tyyppipakolle annetuista erilaisista sisällöistä ks. myös Jarmo Tuomisto, Tyyppipakosta aikaprioriteettiin, Näkökohtia esineoikeudellisen sivullisuojan perusteista, Helsinki 1993, s. 11–29.

¹⁹ Ks. esim. Konrad Zweigert – Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3., neuarbeitete Auflage, Tübingen 1996, s. 38–39.

määrin pitävän paikkansa: vaikka esimerkiksi Englannissa numerus clausus -periaatetta ei käsitteenä tunneta historiallisistakaan syistä johtuen sellaisena perustavanlaatuisena ilmiönä kuin se on tunnettu feodaaliajan jälkeisessä Manner-Euroopassa, sivullisia sitovien oikeuksien määrä on sielläkin silti rajoitettu.²⁰

Usein myös samat oikeustyytit ovat kaikkialla Euroopassa tosiasiaa sivullisia sitovia, vaikka niiden oikeudellinen ”luonne” (esineoikeus vai velvoiteoikeus) olisikin määritelty eri tavoin. Esimerkiksi maanvuokraoikeuden osalta noudatetaan yleisesti periaatetta ”kauppa ei riko vuokraa”.²¹ Toki joitakin tosiasiallisia erojakin voi löytyä. Esimerkkinä tästä on yleensä mainittu civil law -järjestelmille vieras *trust*-instituutio, josta on kirjoitettu hyllymetreittäin. Sen olemassaolo common law -järjestelmässä on usein kytketty juuri numerus clausus -periaatteen puuttumiseen. Toisaalta on kuitenkin esitetty, että *trust*-instituution olemassaolo liittyy nimenomaan civil law -järjestelmästä lähtökohtaisesti puuttuvaan omistusoikeuden jakamisen mahdollisuuteen (oikeudellinen omistus – taloudellinen omistus) common law -järjestelmässä, ei niinkään yleisempään mahdollisuuteen perustaa uusia rajoitettuja esineoikeuksia.²²

Suhtautuminen tyyppipakkoon ilmentää toisellakin tavalla ja tasolla eurooppalaisten oikeusjärjestelmien eroja: pohjoismaisesta näkökulmasta mannereurooppalainen keskustelu numerus clausus -periaatteesta vaikuttaa nimittäin tietyllä tavalla vanhanaikaiselta. Kysymystä esineoikeudellisen sivullissuojan ulottuvuudesta on meillä totuttu tarkastelemaan analyttisen suuntauksen vaikutuksesta jo vuosikymmenten ajan pikemminkin ns. kollisionratkaisuperiaatteiden, kuten aikaprioriteetin ja sitomattomuusperiaatteen, kuin esineoikeudellisen tyyppipakon valossa. Kuten oikeuskirjallisuudessa on esitetty, tarkastelutavan muutos perustui lähes yksinomaan analyttiseen käsite-erittelyyn ja sen perusteella esitettyyn kritiikkiin – ei sen sijaan kollisionratkaisuperiaatteiden mahdolliseen institutionaaliseen tukeen tai niiden taustalla oleviin oikeuspoliittisiin argumentteihin.²³

²⁰ Ks. esim. Sjef van Erp, *A Comparative Analysis of Mortgage Law: Searching for Principles*, s. 78–80 teoksessa María Elena Sánchez Jordán – Antonio Gambaro (eds.), *Land Law in Comparative Perspective*, s. 69–86, Kluwer Law International 2002. Yleisemmällä tasolla keskustelusta *civil law*- ja *common law* -järjestelmien erosta ja tämän merkityksestä harmonisoinnille ks. esim. Mark Van Hoecke, *The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Misunderstandings*, teoksessa Mark Van Hoecke – Francois Ost (eds.), *The Harmonisation of European Private Law*, Hart Publishing 2000, s. 1–20.

²¹ Ks. Christoph Schmid – Christian Hertel, *Real Property Law and Procedure in the European Union, General Report (Preliminary Abstract)*, European Private Law Forum, European University Institute, Florence, saatavissa internet-osoitteessa <http://www.iue.it/LAW/ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/ProjectRealPropertyLaw.shtml>.

²² Ks. lähemmin esim. Andrea Fusaro, *The Numerus Clausus of Property Rights*, teoksessa Elizabeth Cooke (ed.), *Modern Studies in Property Law, Volume 1: Property 2000*, s. 309–317, Hart Publishing 2001 ja van Erp 2002 s. 77. Erityisesti viime aikoina suhtautumisen erot ovat konkreettisella tasolla näkyneet esimerkiksi tavassa, jolla niin sanottu aikaosuus (*timeshare*) loma-asuntoon on Euroopan eri maissa oikeudellisesti järjestetty. Kun Englannissa järjestelyn taustalla on *trust* ja Suomessa toiminta on järjestetty (asunto-)osakeyhtiömuotoon, niin Espanjassa kyse on kiinteistöön kohdistuvasta käyttöoikeudesta (esineoikeudesta). Ks. tämän esimerkin osalta lähemmin *Kaisa Sorsa*, *Lomaosakeliiketoiminnan lainsäädännölliset puitteet*, Helsinki 2004, ja *trust*-järjestelystä ja sen mahdollisista vastineista Suomessa Tuulikki Mikkola, *Trust, oikeusvertaileva tutkimus*, Helsinki 2003. Oikeudellisesta ja taloudellisesta omistuksesta oikeudessamme ks. myös Eva Tammi-Salminen, *Sopimus, kompetenssi ja kolmas, Varallisuus oikeudellinen tutkimus negative pledge -lausekkeiden sivullisittovuudesta*, Helsinki 2001, s. 294–303.

²³ Jarmo Tuomisto, *Tyyppipakosta kollisionratkaisuperiaatteisiin – ja mitä sen jälkeen?*, s. 1361–1363, *Lakimies* 2004 s. 1355–1378.

Eurooppalaisen kehityksen pohdinnan kannalta merkityksellinen on se edellisen havainnon jatkoksi todettu seikka, että perinteistä ajattelutapaa ei kuitenkaan voida osoittaa pohjoismaista huonommaksi pelkän käsite-erittelyn perusteella; tyyppipakon torjuminen perustui pitkälti siihen virheelliseen ajatukseen, että tyyppipakon vallitessa sivullissuojaa ei olisi mahdollista myöntää vain tietyssä oikeussuhteessa.²⁴ Lisäksi on huomattava, että mannereurooppalainen keskustelu voidaan myös ”kääntää” kollisionratkaisuperiaatteiden kielelle sikäli, että esineoikeudellisen tyyppipakon noudattamista vastaa asiallisesti se, että epätietoisissa kollisiontilanteissa, joiden ratkaisuun ei saada suoraa johtoa laista, ratkaisuperusteeksi omaksutaan sitomattomuusperiaate. Tyyppipakon vastakohtaa puolestaan kuvastaa aikaprioriteettiperiaatteen noudattaminen näissä tilanteissa.

Vaikka oikeudessamme ja Pohjoismaissa yleisemminkin aikaprioriteettia pidetään systemaattisena pääsääntönä, oikeutemme kuitenkin käytännössä usein heijastaa pikemminkin sitomattomuusperiaatetta ja tyyppipakkoajattelua. Esimerkiksi kiinteistöoikeudessamme lainsäädäntö tietyllä tavalla tukee tyyppipakkoajatusta, kun oikeuksien sivullissitovuuden vahvuus riippuu kirjaamismahdollisuudesta ja kirjata voidaan vain tietyt oikeudet, vaikka tietynlaista väljennystä tyyppipakkoon tuokin se, että myös kirjaamiskelvottomat erityiset oikeudet voivat sitoa niistä tietoista sivullista lähtökohtana olevasta sitomattomuudesta huolimatta. Lainsäädäntöä ehkäpä vielä vahvemmin tyyppipakkoa heijastaa viime aikoina irtaimisto-oikeutta koskenut oikeuskäytäntö.²⁵

Pohjoismaiden välillä vaikuttaa olevan eroja siinä, miten vahvasti lähtökohtainen aikaprioriteettiajattelu todellisuudessa oikeudessa heijastuu. Esimerkiksi kiinteistöoikeuden osalta suhtautuminen on Ruotsissa lähellä Suomen oikeutta.²⁶ Sen sijaan Tanskassa ja Norjassa (joka ei ole Euroopan unionin jäsen) aikaprioriteettiajatus vaikuttaa toteutuvan käytännössä paremmin siltä kannalta, että siellä ei tunneta kirjaamisoikeudellista tyyppipakkoa. Järjestelmien eroja ei kuitenkaan pidä liioitella siinä mielessä, että Suomessa voidaan kyllä kirjata yleisimmin käytetyt oikeudet. Toisaalta on kuitenkin pidettävä mielessä, että suhtautumistapojen erot tulevat selkeästi esiin silloin, kun on kyse uudesta, tietyllä tavalla vakiintumattomasta oikeustyyppistä ja sen sivullissitovuudesta. Kirjaamisoikeus ja siinä omaksutut ratkaisut vaikuttavatkin olevan keskeisessä asemassa tyyppipakkoperiaatteen suhteen, sillä esimerkiksi Englannissa tyyppipakon syntymisen tai vahvistumisen kiinteistöoikeuteen on nähty liittyvän kiinteistöä koskevien oikeuksien rekisterijärjestelmän käyttöönottoon.²⁷

Muun muassa tyyppipakkoa koskevan problematiikan yhteydessä nousee esiin myös se huomionarvoinen seikka, että pohjoismainen järjestelmä on ”kysymisen tavassaan” yhdenmukai-

²⁴ Tuomisto 1993 s. 49–51 ja sama LM 2004 s. 1363.

²⁵ Ks. esim. ratkaisuja KKO 1997:6, KKO 1999:111 ja KKO 2002:58.

²⁶ Numerus clausus -järjestelmän viimeaikaisesta kritiikistä ks. esim. Anders Victorin, Den nya fastighetsrätten, s. 723–724, Svensk Juristtidning 2004, s. 707, jonka mukaan Ruotsin maakaaren (jordabalk) järjestelmä ei enää vastaa niitä lisääntyneen joustavuuden tarpeita, joita nykyaikaisella, ulkomailta vaikutteita saavalla elinkeinoelämällä on.

²⁷ Fusaro 2001 s. 314 ja van Erp 2002 s. 77.

sempi common law -järjestelmän kuin mannereurooppalaisen järjestelmän kanssa. Kun mannereurooppalainen asettaa kysymykset niin, että niihin voi (tai pitää) vastata yksiselitteisesti (kuka on omistaja tai milloin omistusoikeus siirtyi), sekä pohjoismainen että englantilainen puolestaan haluaa tietää, mitkä ovat kunkin henkilötahon oikeudet ja velvollisuudet suhteessa muihin kyseisen kohteen osalta.²⁸

Kysymisen tapa sekä käytössä olevat käsitteet ja niiden merkitys vaikuttavatkin olevan eurooppalaisia oikeusjärjestelmiä enemmän erottava tekijä kuin oikeudellisten periaatteiden sisältö. Suhtautuminen tyyppipakkoonkaan ei ole eurooppalaisessa oikeudessa niin kaksijakoista kuin peruslähtökohdat näyttävät, kun tarkastelun kohteeksi otetaan asiallisesti oikeuksien sivullisittomuus muodollisen tyyppipakko- tai numerus clausus -periaatteen olemassaolon sijaan. Itse asiassa näyttää siltä, että tyyppipakkoperiaatetta noudatetaan tosiasiallisesti tavalla tai toisella laajalti Euroopassa.

Olipa tyyppipakko sitten eurooppalaisia oikeusjärjestyksiä yhdistävä tai erottava periaate, sen perusteltuisuutta koskeva tarkastelu on tarpeellinen pohdittaessa mahdollista eurooppalaista esineoikeutta. Tarkastelun merkitystä korostaa myös se, että kysymys yleisistä periaatteista, joiden pohjalta oikeuksien sivullisittomuutta yleisesti hahmotetaan, on aina erilaisten eurooppalaista esineoikeutta koskevien erityiskysymysten tarkastelun taustalla. Yksi tällainen erityiskysymys koskee esimerkiksi sopimisen rajoja ns. sopimusrasitteiden osalta: voidaanko rasitteita perustaa yksityisin sopimuksin viranomaisvalvonnan ulkopuolella?²⁹ On sanottu olevan vain ajan kysymys, milloin keskustelu tästä alkaa eurooppalaisella tasolla.³⁰

Taloudellisten argumenttien merkityksestä

Kuten edellä on todettu, perusteltu suhtautuminen tyyppipakkoon ei ratkea yksinomaan käsitte-erittelyjen avulla. Tyyppipakkoa ja sen perusteltuisuutta onkin sittemmin arvioitu ennen kaikkea taloudellissävyyisten argumenttien valossa. Myös niissä erilaisissa eurooppalaista siviilioikeutta ja sen yleisiä periaatteita hahmottavissa hankkeissa, joissa pyritään saamaan aikaan yleinen normisto, taloudellinen tehokkuus on keskeisessä roolissa etsittäessä parasta mahdollista sääntelyvaihtoehtoa tilanteessa, jossa ratkaisumallit lähtökohtaisesti eroavat toisistaan. Taloudellisilla tekijöillä, ts. universaaleilla talouden laeilla, on merkitystä oikeusvertailun sa-

²⁸ Ks. myös Torgny Hästad, *Inför en europeisk sakrätt – några principfrågor*, s. 753–756, *Juridisk Tidskrift* 2002–03 s. 745–777, joka – luonnollisesti – voimakkaasti puoltaa pohjoismaisen ajattelutavan omaksumista eurooppalaisen esineoikeuden rakennusvälineeksi, sekä samoin Christina Ramberg, *Mot en gemensam europeisk civillagstiftning*, s. 472, *Svensk Juristtidning* 2004 s. 459–474.

²⁹ Meillä rasitteita on laajalti tarkastellut Juhani Wirilander, *Rasitteesta maankäyttömääräyksenä*, Tutkimus rasitteen käsitteestä, kehityksestä, voimaansaattamisedellytyksistä ja voimassaolon perusteista Suomen oikeuden mukaan, Helsinki 1979.

³⁰ Sjeff van Erp, *Editorial, Land Burdens – A Fragmented or a Uniform Approach: When Will the Civil Law Debate Start?*, *Electronic Journal of Comparative Law* 2004, <http://www.ejcl.org/83/editor83.html>.

mankaltaisuusolettamankin takana.³¹ Lisäksi taloudellisiin tekijöihin liittyvällä argumentoinnilla on varallisuus oikeuden alueella perinteitä; vaihdannan intressi on vanhastaan keskeinen argumentti. Haluttaessa pohtia suhtautumista tyyppipakkoon eurooppalaisessa kontekstissa vaikuttaakin näistä lähtökohdista perustellulta tarkastella tyyppipakko-instituutiota taloudellisten argumenttien kannalta.

Kuten tunnettua, suhtautuminen taloudellisiin argumentteihin ja niiden rooliin jakaa mielipiteitä oikeutta koskevassa keskustelussa. Näin on myös eurooppalaisen siviilioikeuden osalta. Harmonisointiin kriittisesti suhtautuvat asettavat usein oikeuskulttuurin talouden kanssa vaakaan ja painottavat oman oikeuskulttuurin säilyttämisen merkitystä suhteessa taloudellisesti tehokkaisiin markkinoihin. Harmonisoinnin kannattajatkaan eivät välttämättä arvota taloutta oikeuskulttuuria tärkeämmäksi, mutta he saattavat puolestaan nähdä taloudellisesti tehokkaiden yhteisten periaatteiden tukevan myös yhteistä eurooppalaista kulttuuripohjaa. Lisäksi on vielä huomattava, että erityisesti institutionaalisesti johdettua harmonisointia on myös kritisoitu taloudellisilla argumenteilla.³²

Taloudelliset argumentit tuovatkin luonnollisesti vain yhden näkökulman tarkasteltavaan kysymykseen. Tyyppipakkoperiaatteella on selkeästi myös muita, ideologisiksi tai filosofisiksi kutsuttuja perusteita. Nykyisen eurooppalaisen numerus clausus -periaatteen samoin kuin sopimusoikeudellisen sopimusvapauden periaatteen ideologisten perusteina voidaan nähdä Ranskan vallankumouksen tasa-arvon ja vapauden ihanteet. Yhtenä tyyppipakon perusteena voidaan nimittäin nähdä se, että kun jokaisen lähtökohtaista vapautta muodostaa suhteensa toisiin rajoittaa tasa-arvo eli muiden vapaus ja kun esineoikeudella luodaan etuoikeuksia tasa-arvoisten välille, näiden sivullisia sitovien oikeuksia sisältöä ja määrää täytyy rajoittaa. Toisena perusteena tyyppipakolle voidaan puolestaan nähdä halu poistaa täysin vallankumousta edeltäneet feodaaliset oikeudet. Tyyppipakko mahdollisti maan myymisen vapaana perinnöllisistä rajoitteista.³³ Numerus clausus -periaatteen filosofiset perustelut puolestaan liittyvät pitkälti siihen universaaliin väittämään, että kolmannelle ei voida asettaa velvoitteita ilman hänen suostumustaan.³⁴

³¹ Tietynlaisia talouden yleisiä edellytyksiä on pidetty selityksenä esimerkiksi esineoikeuden sellaisille universaaleina pidettäville periaatteille kuin julkisuusperiaate tai yksilöintiperiaate, ks. esim. van Erp 2002 s. 80–81. Toisaalta on huomattava, että vahvat traditiot saattavat estää taloudellisesti tehokkaimman vaihtoehdon valikoitumisen ja että useat erilaiset ratkaisumallit voivat olla taloudellisesti yhtä tehokkaita, ks. Ugo Mattei, *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, s. 8 ja s. 11, *International Review of Law and Economics* 1994 s. 3–19. Esimerkkinä tästä voidaan mainita vaikkapa se – jo Pohjoismaidenkin piirissä – erilainen suhtautuminen edellytyksiin, joita on asetettu omistusoikeuden siirtymiselle luovuttajan velkojia kohtaan sitovasti (sopimusperiaate vai traditioperiaate), josta ks. tuoretta puheenvuoroa Dag Mattson, *En återgång till avtalsprincipen?*, *Svensk Juristtidning* 2005 s. 319–323.

³² Ks. näistä kysymyksistä Eva Tammi-Salminen, *Kansainvälistyminen ja varallisuus oikeuden kansalliset opit* s. 1345–1346, *Lakimies* 2004 s. 1340–1354 viitteineen sekä erityisesti sopimusoikeuden kokonaisharmonisointia koskevasta taloudellisesta kritiikistä Hans-Bernd Schäfer – Claus Ott, *The Economic Analysis of Civil Law* s. 293–294, Edward Elgar 2004. Ks. lisäksi Elena Ioriatti, *A Methodological Approach for a European Restatement of Contract Law*, *Global Jurist Topics* 2003.

³³ Fusaro 2001 s. 310 ja Van Erp 2002 s. 74.

³⁴ Bernard Rudden, *Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem*, s. 249 teoksessa John Eekelaar – John Bell (eds), *Oxford Essays in Jurisprudence*, s. 239–263, Third Series, Clarendon Press 1987.

Näille perusteille voidaan antaa itsenäistä merkitystä ja omaa painoarvoa, mutta ne ovat pääosin kytkettävissä suoraan myös taloudellisiin argumentteihin.³⁵ Tässä kirjoituksessa niitä tarkastellaan vain välillisesti ja siltä osin kuin ne tulevat esiin taloudellisessa argumentoinnissa. Jälkimmäisestä perustelusta on lisäksi todettava, että se ilmentää lähinnä vain sitä periaatteen ulottuvuutta, että sivullissuojasta ei voi sopia, mikä on pidettävä erillään oikeuden sivullissitovuutta sinänsä (tilanteessa, jossa sivullissuojasta ei ole edes yritetty sopia) koskevasta kysymyksestä. Periaatteen sisältö ei siten tyhjenny mainittuun ulottuvuuteen eikä se ole edes periaatteen keskeisin sisältö.³⁶

Sinänsä sopimusvapauden puuttuminen sivullissuhteissa selittyy myös taloudellisin argumentein siitä sopimusvapauden ”omasta” lähtökohdasta, että sopimusvapaus *inter partes* on taloudellisen tehokkuuden kannalta perusteltu, kun osapuolten oletetaan parhaiten tietävän oman etunsa. Sopimussidonnaisuus on sopimusvapauden yksi ulottuvuus ja sopimussidonnaisuus voi syntyä vain osapuolten välillä. Sen sijaan sivullisen asemaan sopimuksella ei voida puuttua, sillä tällöin loukattaisiin sivullisen sopimusvapautta ja osapuolet voisivat sopia kolmannelle haitallisista vaikutuksista.³⁷ Tämän vuoksi osapuolet eivät voi määrätä, sitooko heidän oikeutensa sivullisia vai ei, vaan tämä määräytyy indispositiivisten normien mukaan.³⁸

Taloudellisten argumenttien merkitystä tyyppipakkoperiaatteen tarkastelussa voidaan tavaltaan perustella myös vaihdannan oikeushenkilöllistymisellä eli sillä, että oikeustoimet tehdään ja kollisiot sattuvat usein oikeushenkilöiden välillä. Vaikka oikeushenkilön puolesta toimii aina luonnollinen henkilö, kollisionratkaisuperusteiden arviointi tällaisessa vaihdantatodellisuudessa juuri taloudellisten argumenttien perusteella vaikuttaa ainakin yhtä perustellulta kuin erilaisten yksilön oikeuksiin vahvasti kytköksissä olevien vapaus- ja tasa-arvo-argumenttien valossa.

³⁵ Ks. esim. edellä mainitun Ranskan vallankumouksen vaikutuksiin rinnasteisesti varallisuus oikeuksien siirtokelpoisuuden muuttumista Suomessa koskevaa historiallis-oikeustaloustieteellistä analyysia Pia Letto-Vanamo – Kalle Määttä, Varallisuus oikeuksien tehokkuus – Esimerkinä maaomaisuuteen kohdistuvat varallisuus oikeudet ja niiden kehitys s. 78–79, teoksessa Vesa Kannianen – Kalle Määttä (toim.), Näkökulmia oikeustaloustieteeseen s. 62–81, Helsinki 1996.

³⁶ Seikkaa on meillä korostanut Tuomisto 1993 s. 67 ja sama LM 2004 s. 1363. Tyyppipakon määrittelyn ongelmallisuus pelkästään mainitulla perusteella tulee hyvin esiin myös esim. Ruddenin (1987) esityksessä s. 249–252, jossa hän ei löydäkään kyseisestä perusteesta tukea tyyppipakolle.

³⁷ Ks. esim. Schäfer – Ott 2004 s. 273–275.

³⁸ Vallitsevan kannan mukaan sivullissuojasta ei ole ilmeisesti mahdollista sopia edes kolmannen hyväksi, vaikka sopimus oikeudessa vastaavanlainen instituutio on tunnustettu. Ks. esim. Leena Kartio, Esineoikeuden perusteet, 2., uudistettu painos, Helsinki 2001 s. 53: ”Esineoikeuden haltijan oikeusasemaa sivullissuojan osalta ei sopimuksin voida heikentää, mutta ei myöskään tehdä vahvemmaksi kuin millainen se kutakin sopimustyyppiä koskevien normien mukaan on”, vrt. kuitenkin Tuomisto 1993 s. 27: ”Sopimuksessa ei voida kolmannen vahingoksi sitovasti määrätä esimerkiksi sivullissuojan edellytyksistä ja sisällöstä.” (kurs. ETS)

Tyypipakkoa koskevia taloudellisia argumentteja ja niiden punnintaa

Keskeiset tyypipakkoperiaatetta koskevassa keskustelussa sekä meillä että muualla esiin tuodut yleiset taloudelliset argumentit ovat liittyneet omistuksen vapauden turvaamiseen tai yhteiskunnallisesti epätarkoituksenmukaisina pidettävien sidonnaisuuksien ehkäisemiseen. Näiden argumenttien lisäksi tyypipakkoperiaatetta on tarkasteltu enemmän kollisio-osapuolisidonnaisten argumenttien, kuten sopimussidonnaisuuden tehostamisen tai vaihdannan varmuuden kannalta.³⁹

Sopimussidonnaisuuden tehostaminen tai vaihdannan varmuus ovat osapuolisidonnaisia argumentteja, sillä vastaus siihen, toteuttaako tyypipakko mainittuja tavoitteita, riippuu siitä, kenen näkökulmasta tilannetta kulloinkin tarkastellaan. Yleisellä tasolla nämä argumentit näyttävätkin johtavan nollasummapeliin.⁴⁰ Perusteltu suhtautuminen oikeuden sivullissitovuuteen kussakin tilanteessa vaikuttaa siten edellyttävän ainakin vastausta jatkokysymykseen, kumman kollisio-osapuolen intressit ovat enemmän suojan arvoisia. Taloudellisessa kontekstissa relevantti arvioinnin kohde voisi olla ainakin se, kummalle osapuolista sitomattomuudesta on enemmän haittaa.⁴¹ Toisaalta relevanssia voisi olla myös sillä, kumpi osapuolista paremmin pystyy turvaamaan oikeutensa ja miten osapuolet ovat näitä mahdollisuuksiaan käyttäneet.⁴²

Edellä mainituista yleisistä argumenteista puolestaan omistuksen vapauden turvaamista on pidetty tyypipakon perusteena ongelmallisena ensinnäkin sen vuoksi, että se turvaa vapautta ylipäänsä vain osittain; se kyllä rajoittaa (sivullisia sitovia) oikeustyyppettä, mutta ei niiden lukumäärää. Niinpä voidaankin väittää, että tyypipakkoperiaate ei ole tehokas omistuksen vapauden turvaaja siinä mielessä, että sillä ei voida ainakaan täysin estää sitä, että oikeudet jakaantuvat niin monelle eri taholle, että omaisuuden tehokas hyödyntäminen ei enää ole mahdollista oikeudenhaltijoiden puuttuvan yhteisymmärryksen vuoksi.⁴³

³⁹ Tyypipakkoperiaatteen perusteluista ks. esim. Wirilander 1980 s. 9–12 ja Hans Forssell, *Tredjemansskyddets gränser. En studie av principen ”köp bryter lega” och indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter*, s. 41–42, Lund 1976.

⁴⁰ Tuomisto LM 2004 s. 1366 viitteineen.

⁴¹ Tämän argumentin merkitystä on korostanut Tuomisto 1993 s. 80–84. Ks. myös sama LM 2004 s. 1366–1368.

⁴² Nämä näkökohdat on nostettu esiin relevanttina argumenttina myös perusoikeuspainotteisessa argumentoinnissa. Esimerkiksi Juha Pöyhösen (Uusi varallisuus oikeus s. 110–116, Helsinki 2000) hahmotteleman perusoikeuksiin pohjaavan varallisuus oikeuden järjestelmän keskeisistä periaatteista kyseiset näkökohdat liittyvät varautumisperiaatteen. Tuomiston (LM 2004 s. 1378) mukaan voitaisiinkin yhtäältä ajatella, että varautumisperiaate puoltaisi minkä tahansa varallisuus oikeuden sitovuutta sellaista seuraajaa kohtaan, joka on tiennyt kyseisestä oikeudesta tai jolla olisi ollut edes kohtuullinen mahdollisuus saada selville aiempi oikeus, mutta toisaalta samalla periaatteella voitaisiin perustella myös primuksen varautumistoimille tai niiden laiminlyönnille annettavaa merkitystä. Varautumisperiaatteen mahdollisesta merkityksestä sivullissuojaoikeudessa ks. myös Mia Kartio, Heikon oikeuden sivullissuojasta s. 164–165, *Oikeustiede – Jurisprudentia XXXVII:2004* s. 157–218.

⁴³ Ks. kyseisestä ongelmasta yleisesti Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, *Harvard Law Review* 1998 s. 621–688 ja sama, *The Boundaries of Private Property*, s. 1176–1178, *Yale Law Journal* 1999 s. 1163–1223. Tyypipakkoperiaatteen yhteydessä ongelmaan ovat viitanneet Thomas W. Merrill – Henry E. Smith, *Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle* s. 6 ja s. 51–54, *Yale Law Journal* 2000 s. 1–70.

Tyyppipakon perusteleminen omistuksen vapauden turvaamisella on ongelmallista siltäkin osin, että tyyppipakko samanaikaisesti myös rajoittaa omistajan vapautta määrätä omaisuudestaan. Tämän voidaan nähdä olevan ristiriidassa sen taloudellisen peruslähtökohdan kanssa, että tehokas vaihdanta edellyttää toimivilla markkinoilla varallisuus oikeuksien siirtokelpoisuutta, koska se takaa oikeuden päätyminen henkilölle, jonka hallussa oikeus on arvokkaimmin hyödynnettävissä. Toki tyyppipakko voi tästä lähtökohdasta huolimatta olla taloudellisesti perusteltavissa, koska oikeuksien perustamisen rajoittamisesta koituvat hyödyt voivat esimerkiksi ulkoisvaikutuksista johtuvien markkinahäiriöiden vuoksi kuitenkin olla suuremmat kuin sen aiheuttamat haitat.⁴⁴ Tällöin tyyppipakon taloudellisen tehokkuuden arvioinnissa tullaankin jo kysymykseen toisen yleisen argumentin, epätarkoituksenmukaisten sidonnaisuuksien ehkäisemisen, relevanssista.

Pyrkimys epätarkoituksenmukaisten sidonnaisuuksien ehkäisemiseen kuvaa tyyppipakon taustalla olevia tavoitteita lähtökohtaisesti onnistuneemmin kuin pyrkimys omistuksen vapauden turvaamiseen, sillä tällöin relevantiksi nousee pyrkimys nimenomaan oikeustyyppien rajalliseen määrään riippumatta oikeuksien absoluuttisesta lukumäärästä. Tästä erillinen kysymys kuitenkin on, onko pyrkimys epätarkoituksenmukaisten sidonnaisuuksien ehkäisemiseen tyyppipakon avulla taloudellisesti perusteltua. Kysymyksen ydin pelkistyy siihen, miksi sivullisuhteiden osalta olisi perusteltua vaatia tietynlaista yleistä etukäteiskontrollia siitä, onko kyseessä yhteiskunnallisesti tarkoituksenmukaisena pidettävä sidonnaisuus, eikä lähteä sopimusvapauden kanssa sopusoinnussa olevasta ajattelusta, että osapuolet itse (”markkinat”) määrittelisivät lähtökohtaisesti ne tarkoituksenmukaisina pidetyt oikeustyyppit, joita käytetään ja jotka sitovat sivullisia.

Yhtenä erona on nostettu esiin se edellä mainittuun omistuksen vapaus -argumenttiin osin liittyvä seikka, että esineoikeuksiin liittyy usein pitkäaikaisia sidonnaisuuksia, kun taas velvoiteoikeudelliset suhteet ovat dynaamisempia, koska ne ovat olemassa vain vaihdantaa varten, ”contracts are born to die”.⁴⁵ Ottamatta kantaa väitteen yleiseen paikkansapitävyyteen voidaan todeta, että oikeuksien pitkäaikaisuudesta mahdollisesti aiheutuvia yhteiskunnallisesti epätarkoituksenmukaisia sidonnaisuuksia on usein esitetty voitavan ehkäistä ennen kaikkea normein, jotka koskevat tällaisten oikeuksien irtisanomista ja rajoittavat oikeuksien voimassaoloaika.⁴⁶

Tyyppipakon tarpeettomuutta ja jopa suoranaista haitallisuutta on perusteltu muun muassa argumenteilla, joiden mukaan tarkoituksenmukaiset sidonnaisuudet standardoituvat ja valikoituvat vaihdannassa käyttöön spontaanisti tietynlaisten verkostovaikutusten (”network effects”, ”network externalities”) vuoksi: omaisuuden markkina-arvoon (jälleenmyyntiarvoon) vaikuttaa se, millaisia oikeuksia siihen on perustettu ja jotta markkina-arvo säilyisi,

⁴⁴ Varallisuus oikeuksien siirtokelpoisuudesta taloudellisesti tehokkaana lähtökohtana ks. esim. Schäfer – Ott 2004 s. 412–416 ja klassikkoartikkeli Harold Demsetz, Toward a Theory of Property Rights, The American Economic Review 1967 s. 347–359 sekä *numerus clausus* -periaatteen lähtökohtaisena kritiikkinä Rudden 1987 s. 239.

⁴⁵ Rudden 1987 s. 259.

⁴⁶ Ks. esim. Forssell 1976 s. 161–164 ja 201–202.

omaisuuteen on syytä perustaa vain tiettyjä tyyppiltään markkinoilla yleisesti käytössä olevia oikeuksia. Tämän argumentin mukaan oikeustyyppien käyttö standardoituu parhaiten itsensä, kun vaihdantaan osallistuvat ovat kiinnostuneita omaisuutensa markkina-arvosta ja valitsevat tietyt oikeustyytit oman etunsa vuoksi. Oikeudellista interventiota tarvitaan tämän kannan mukaan vain erilaisten oikeuksien saattamiseksi sivullisten tietoon merkitsemällä ne rekisteriin.⁴⁷ Kuvattuun kantaan kytketty selvästi ajatus tietynlaisesta tosiasiallisesta tyyppipakosta. Se ei itse asiassa kritisoi oikeustyyppien rajallista määrää sinänsä vaan ainoastaan tapaa, jolla kyseiset oikeustyytit määräytyvät.

Laajemman oikeudellisen intervention tarvetta ja siihen liittyvän tyyppipakon taloudellista tehokkuutta on perusteltu edellä mainittua argumenttia vastaan sillä, että vaikka yleisellä tasolla tietynlaista oikeustyyppien standardoimista markkinoilla tapahtuisikin, kaikki eivät kuitenkaan syystä tai toisesta noudata näitä standardeja. Joissakin tilanteissa henkilöllä voi olla itselleen tärkeämpiä tavoitteita kuin omaisuuden jälleenmyyntiarvon turvaaminen. Tällainen tavoite voi olla esimerkiksi halu pitää omaisuus tietyn tahon määräysvallassa. Yhdenkin vaihdannan osapuolen poiketessa yleisistä standardeista syntyy puolestaan taloudellista tehotto muutta negatiivisten ulkoisvaikutusten muodossa: Jos vaihdannan osapuolilla on mahdollisuus perustaa millaisia esineoikeuksia tahansa, he eivät pysty ottamaan huomioon niitä kaikkia kustannuksia, joita aiheutuu ulkopuolisille eli kaikille niille, joilla on paitsi olemassa olevia myös potentiaalisia intressejä kyseisenkaltaiseen omaisuuteen. Vaikka sopimuksen osapuolten ja heidän seuraajiensakin intressit voitaisiin ottaa huomioon vastikkeessa tai muissa sopimusehdoissa, sellaisten vaihdantaan osallistuvien intressit, jotka eivät ole tällä tavoin kytköksissä osapuoliin, on vaikea ottaa huomioon. Tällaisillekin tahoille syntyy haittoja siitä, että heidän on selvitettävä tai otettava huomioon omissa oikeussuhteissaan erilaisten oikeuksien olemassaolon mahdollisuus. Tällöin omistaja voi saada täyden tyyppivapaudesta johtuvan hyödyn, mutta hän kantaa vain osan niistä kustannuksista, joita vaihdantaan osallistuville tyyppivapaudesta syntyy. Tyyppipakon taloudellista tehokkuutta onkin perusteltu sillä, että se vähentää mainittuja kustannuksia, koska tällöin mahdolliset huomioon otettavat oikeudet ovat kaikkien vaihdantaan osallistuvien tiedossa. Tyyppipakkoperiaate alentaa siten transaktiokustannuksia, joita syntyy sivullisille silloinkin, kun mahdollinen selonotto oikeuksista kytkettäisiin rekisteriin, josta olemassa olevat oikeudet ilmenevät.⁴⁸

Tyyppipakkoperiaatteen omaksumisen taloudellista tehokkuutta on kritisoitu myös siltä kannalta, että tyyppipakolla ei saavuteta sille asetettuja tavoitteita, koska sitä voidaan helposti kiertää erilaisilla sopimusjärjestelyillä, joilla kuitenkin lopulta saavutetaan osapuolten tavoitte-

⁴⁷ Esitetyistä argumenteista ks. kootusti Merrill – Smith Yale LJ 2000 s. 43–47 viitteineen. Ks. myös Rudden 1987 s. 252–256.

⁴⁸ Merrill – Smith Yale LJ 2000 passim. Vrt. Henry Hansmann – Reinier Kraakman, Property, Contract, and Verification; The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights, *Journal of Legal Studies* 2002 s. 373–420, jotka päätyvät edellisten kanssa samaan lopputulemaan, mutta korostavat tyyppipakon perusteena oikeuksien verifioitavuuden ongelmaa. Heidän mukaansa tyyppipakko on perusteltu, koska hyöty, joka oikeudesta saadaan, on useiden oikeuksien osalta alhaisempi kuin oikeuden verifioinnista aiheutuvat kustannukset.

lema tulos, mutta suuremmin kustannuksin.⁴⁹ Argumenttia on vielä usein täydennetty tuomalla esiin se yleinen esimerkiksi muotovaatimuksiin liitetty kritiikki, että tyyppipakon omaksuminen aiheuttaa edellä kuvatun kiertomahdollisuuden vuoksi vaihdannan toimijoiden asettumisen keskenään eriarvoiseen asemaan sen johdosta, että heidän oikeudellinen asiantunteuksensa tai mahdollisuutensa turvautua siihen on erilainen.⁵⁰

Yhdysvaltalaisessa kirjallisuudessa tässä kritiikissä ovat menneet vielä pidemmälle *critical legal studies* -suuntauksesta vaikutteita saaneet tutkijat. Heidän kritiikkinsä on keskitynyt siihen, että tyyppipakkoperiaate heijastaa feodaalista näkemystä omaisuutta koskevista oikeussuhteista ja sen tarkoituksena on kanavoida ihmiset ennalta asetettuihin sosiaalisiin suhteisiin.⁵¹ Vaikka formalismikritiikkiä ei sinänsä pidettäisikään vääranä, sen ”cls-muodon” on nähty olevan ironinen siinä mielessä, että se sivuuttaa periaatteen historiallisen taustan, joka liittyy juuri feodaalisen järjestelmän purkamiseen. Periaatteen tarkoitus oli poistaa pohja olemassa olevilta hierarkkisilta suhteilta eikä uusintaa niitä.⁵²

Tyyppipakkoperiaatteen keskeinen taloudellinen peruste on edellä esitetyn mukaan vaihdantaan osallistuvien transaktiokustannusten alentaminen: oikeustyyppien rajoittaminen oikeudellisen intervention keinoin tuottaa suuremman hyödyn kuin kaikkien oikeuksien sallimisesta koitua hyöty. Vaikka tämä lopputulos sinänsä hyväksyttäisiinkin, se jättää kuitenkin vielä auki kysymyksen tyyppipakkoperiaatteen tarkemmasta taloudellisesti tehokkaimmasta sisällöstä eli siitä, mitkä oikeudet ovat sallittuja. Sen pitäisi olla omistajan intressien ja sivullisten kustannusten optimaalinen leikkauspiste. Tämän tasapainopisteen sijoittumiseen vaikuttaa tärkeänä tekijänä se, millaisia keinoja transaktiokustannusten vähentämiseen on olemassa. Toisin sanoen mitä helpompaa oikeuksien selville saaminen sivullisille on, sitä useammat oikeustyytit voidaan sallia. Esimerkiksi oikeuksien ilmeneminen rekistereistä on yleensä omiaan helpottamaan selonottoa ja vähentämään kustannuksia, joten mitä kehittyneempi rekisterijärjestelmä on käytössä, sitä enemmän oikeustyyppijä voidaan taloudelliselta kannalta sallia.⁵³

Rajanvedon määrittäminen taloudellisesti tehokkaimmalla tavalla voikin käytännössä olla hankalaa – jopa mahdotonta. Tähän heikkoon kohtaan osuukin tyyppipakon vakuuttavin ta-

⁴⁹ Ks. esim. Rudden 1987 s. 260.

⁵⁰ Muotovaatimusten kritiikistä ks. esim. Aulis Aarnio, Muodon merkitys oikeudellisessa käyttäytymisessä s. 196–198, *Oikeustiede – Jurisprudentia* 1972:1 s. 187–220. Englanninkielisessä kirjallisuudessa on käytetty termiä ”a trap for the unwary”, Merrill – Smith *Yale LJ* 2000 s. 7.

⁵¹ Ks. esim. oppikirjaa (casebook) Curtis J. Berger – Joan C. Williams, *Property, Land Ownership and Use* s. 211–214, Fourth Edition, Aspen Law & Business 1997.

⁵² Ks. lähemmin Merrill – Smith *Yale LJ* 2000 s. 6–7.

⁵³ Merrill – Smith *Yale LJ* 2000 s. 38–42. Toisaalta rekisterijärjestelmän käyttöönoton on nähty myös rajoittavan oikeustyyppijä. Voidaan nimittäin ajatella, että jotta rekisteristä olisi hyötyä oikeuksien selvittämisen helpottamisessa, rekisterijärjestelmään sisältyvä tieto pitäisi olla sellaisissa rajoissa, että siihen pystyy helposti tutustumaan (näin esim. Van Erp 2002 s. 77). Lisäksi voidaan ajatella, että rekisterinpidosta aiheutuu suhteettomia kustannuksia merkintöjen tuomiin hyötyihin nähden, jos kaikki mahdolliset oikeudet olisivat kirjattavissa. Tällaiselle ajattelulle pohjaa ainakin osin kotimainen järjestelmämme ja kuten jo edellä on viitattu, tyyppipakon on katsottu esimerkiksi tulleen Englantiin, kun kiinteistöön kohdistuvia oikeuksia alettiin rekisteröidä. Toisaalta kuten Norjan ja Tanskan ”tyyppipakkottomat” kirjaamisjärjestelmät osoittavat, asiaa voidaan arvottaa myös toisin.

Kysymys liittyy myös varallisuus oikeuden optimaalista suoja-astetta koskeviin näkökohtiin, joita ovat lyhyesti referoineet esim. Letto-Vanamo – Määttä 1996 s. 71–73.

loustieteeseen pohjaava kritiikki, joka liittyy siihen, että vaihdantaan osallistuvat parhaiten tietävät, mitkä oikeustyyppit ovat tarkoituksenmukaisia. Jos sivullisia sitovat oikeustyyppit määräytyvät vain lainsäädännössä, ne saattavat ”vinoutua” esimerkiksi tiettyjen lainvalmisteluun vaikuttamaan päässeiden intressiryhmien näkemysten vuoksi ja mahdolliseen tyyppien muutostarpeeseen ei välttämättä reagoita riittävän ripeästi. Lisäksi markkinoiden toimijoiden kannustimet toimia aktiivisesti uusien oikeustyyppien luomiseksi vähenevät. Toisaalta sivullisia sitovien oikeustyyppien vahvistaminen lainsäädännöllä tukee omistussuhteiden selkeyttä ja vakautta sekä status quo -tilanteessa että tilanteessa, jossa oikeustilaa sivullissitovien oikeuksien osalta halutaan muuttaa. Tätä taas lienee sinänsä pidettävä taloudellisen tehokkuudenkin kannalta toivottavana.⁵⁴ Muun muassa näiden näkökohtien punninta on suoritettava harkittaessa suhtautumista tyyppipakkoon. Oma huomioon otettava kysymyksensä on myös se, että tietyt oikeustyyppit on säädetty sitoviksi pikemminkin sosiaalisista kuin taloudellisista syistä.

Lopuksi

Kysymys taloudellisesti optimaalisesta tavasta suhtautua oikeuksien sivullissitovuuteen näyttäisi kulmineituvan kysymykseen menettelytavasta, jolla sivullisia sitovat oikeudet määrittyvät. Samaan kysymykseen kulmineoituu myös keskustelu siviilioikeuden eurooppalaisen harmonisointikehityksen suurista linjoista. Institutionaalisesti johdettua harmonisointia on kritisoitu taloudellisesta näkökulmasta muun muassa sen vuoksi, että yhtenäiseen, taloudellisesti tehokkaaseen oikeuteen on katsottu ainakin tietyillä yksityisoikeuden alueilla päästävän paremmin vapaalla kilpailulla eräänlaisilla oikeudellisten doktriinien markkinoilla.⁵⁵

Jos eurooppalaisen siviilioikeuden kehityksessä omaksutaan tällainen vapaan kilpailun vaihtoehto, tyyppipakon osalta yhteiseurooppalaista doktriinia on hahmotettu kehittyväksi esimerkiksi siltä pohjalta, että mannermaiseen järjestelmään voitaisiin omaksua common law -järjestelmästä joustavuutta, mikä mahdollistaisi paremman responsiivisuuden taloudelliselle kehitykselle. Mannereurooppalainen järjestelmä voisi puolestaan tuoda common law -järjestelmään tendenssin rajoittaa kategorioita ja saada aikaan oikeusvarmuutta sekä informaatiokustannusten alentumista.⁵⁶ Pohjoismaisesta näkökulmasta vaikuttaisi, että ainakin metodisesti meillä voisi olla jotain annettavaa tässä kehityksessä.

Toisaalta taloudellisen tehokkuuden kannalta tyyppipakon osalta vaikuttaisi olevan tärkeintä, että sivullissitovuuskysymyksiä voitaisiin arvioida yhden selkeän lähtökohdan perusteella

⁵⁴ Ks. erilaisista argumenteista yhdysvaltalaisen oikeuden kontekstissa *Merrill – Smith* Yale JL 2000 s. 58–68.

⁵⁵ Ks. kysymyksestä lähemmin erityisesti EU-kontekstissa esim. Jan Smits, *A European Private Law as a Mixed Legal System. Towards a Ius Commune through the Free Movement of Legal Rules*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 1998 s. 335–340 sekä yleisemmin Mattei *Int. Rev. Law Econ.* 1994 s. 3–19 ja Anthony Ogus, *Competition between National Legal Systems: A Contribution of Economic Analysis to Comparative Law*, International and Comparative Law Quarterly 1999 s. 405–418.

⁵⁶ Ks. Sjeff van Erp, *A Numerus Quasi-Clausus of Property Rights as a Constitutive Element of a Future European Property Law?*, Electronic Journal of Comparative Law 2003, <http://www.ejcl.org/72/art72-2.html>.

– riippumatta siitä, mikä tämä lähtökohta on (tyyppipakko vai ei).⁵⁷ Tästä näkökulmasta tehokkuus vaikuttaisi vaativan nopeastikin yhtenäistä selkeää suhtautumista. Kuten kirjoituksen alussa tuotiin esiin, tämänkaltainen suhtautumistapa komissiolla on sopimusoikeuden yhteisten puitteiden osalta. Mahdolliset tehokkuushyödyt tulisivat kuitenkin esiin vasta pitkällä tähtäimellä, sillä ainakin aluksi muutoksesta väistämättä aiheutuu enemmän välittömiä kustannuksia kuin hyötyjä.⁵⁸ Harkittaessa taloudellisten argumenttien merkitystä on lopulta pidettävä mielessä myös se markkinoiden ominaisuus, että ne kuitenkin voivat sopeutua erilaisiin oikeudellisiin viitekehyksiin.

⁵⁷ Näin myös Tuomisto LM 2004 s. 1372.

⁵⁸ Ks. myös Schäfer – Ott 2004 s. 294, jotka kritisoivat sopimusoikeuden harmonisointia juuri tällä argumentilla. Toisaalta heidän mielestään taloudellisen tehokkuuden kannalta optimaalinen harmonisoinnin aste on se, että sopimusosapuolille luodaan mahdollisuus valita sovellettava yhteinen normisto. Tämähän puolestaan on yksi parhaillaan hahmotettaville sopimusoikeuden yhteisille puitteille ainakin aluksi asetettu funktio. Sivullissuhteiden osalta tähän toimintamalliin liittyy kuitenkin se edellä esiin tullut rajoitus, että näissä relaatioissa sovellettavasta normistosta ei voida samaan tapaan sopia.